QVOD DEVS BENE VERTAT.

DISPUTATIO JURIDICA INAUGURALIS

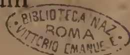
De

CAUTIONE MVTIANA.

QVAM

EX DECRETO ET AUTORITATE

MAGNIFICI, NOBILISSIMI ET Amplissimi JCtorum ordinis in celeberrimâ Argentoratensium Universitate,


BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

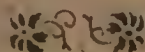
PRO

Summis in UTROQUE JURE honoribus, privilegiis & immunitatibus LICENTIÆ ritè consequendis,

Publicæ & solenni disquisitioni submittit

CHRISTOPHORUS KELLINGHUSEN
HAMBURGENSIS.

Ad diem 11. *Augusti.*



ARGENTORATI

Typis JOSIÆ STÆDELII, ACADEMIÆ TYPOGRAPHI.

Anno M DC LIII.

13



NTE conditionem, sub quâ relicta sunt, impletam neque hæreditas defertur, neque legatorum dies cedit *l.5. §. 2. l. 21. quando dies legat. vel fideic. ced. l.un. §.fin autem. C. de Caduc. toll.* Hinc eveniebat olim, ut cum aliquid sub conditione non faciendi relictum esser, eo non frueretur hæres vel legatarius ipse cui relictum erat; sed denique iis mortuis eorum hæredes, quoties nempe adjecta conditio non nisi hæredum vel legatariorum morte existere posset *l.4. §.1.quand. dies legat.* Imò interdum legatum planè intercidebat & nullius momenti erat, in iis quæ ad hæredem non transferuntur, veluti in usufructu legato. *l.3.quand. dies leg. l.79. §.3.de Cond.& Dem.* Atque hæc sine dubio præter voluntatem testatoris fiebant, qui creditur potius suo ipsius hæredi & legatario bene velle, quàm eorum hæredibus, quos nosse on potest, & voluntatem suam ratam haberi, non autem inutilem reddi enixè cupit. Cum itaque voluntates testantium conservari publicè intersit *l. 5. testam. quemad. aper.* & nihil sit, quod magis hominibus debeatur, quàm ut supremæ voluntatis, postquàm jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium *l.1. C.de SS. Eccles.* Quintus Mutius Scævola JCorum proprium munus esse existimans cavere & remedia quærere, quibus quisque ad jus suum perveniat, primus rationem nvenit, quâ hæc rerum confusio & bono publico contraria observatio emendaretur & tolleretur. Hæc cautio est ab autore Mutiana appellata, quâ interpositâ & volu tas defuncti conservatur, & potitur legato vel hæreditate statim is cui hæc relicta sunt, & denique securus redditur is, ad quem deficiente condi-

tione hæreditas vel legatum jure civili petendum est. De hac igitur cautione Muciana loco disputationis inauguralis quædam dicere est animus: Ad quod ut vires mihi sufficiant summum numen devotâ mente invoco.

Ut autem thema hoc certis limitibus circumscribam, meque ipse cancellis quibusdam includam, quos egredi temere non liceat, hisce capitibus tractatio absolvetur. Primo capite explicationem terminorum ipsiusque thematis definitionem proponam. Deinde 2. de Cautionis origine & approbatione disseram. 3. tum de personis, quæ caveant, quibusque caveatur, quædam exponam. 4. In quibus rebus hæc cautio locum habeat, vel non, docebo. 5. de formâ & modo cavendi agam. 6. Ejus effectus tradam. 7. Denique contraria & affinia tractationem finient.

CAPUT I.

Explicationem terminorum & ipsius thematis definitionem continens.

THESIS I.

Etymol. VOcabulum Cautionis a verbo cavere deducitur, quod est prospicere, consulere, rem securum facere. Et varios habet significatus: [illegible] enim ponitur pro securitatis præstatione: quæ fit vel

Homon. [illegible], vel pignoribus, vel etiam solis verbis. Et in legatis quidem [illegible] vel hæres vel legatarius cautionem interponere jussus est, ea intelligitur cautio, quæ [illegible] *[illegible] prælat.* Et hæc cautio [illegible] *[illegible] munien. [illegible] de hered. pet. [illegible]* cum [illegible] cautio hæc appellatur *[illegible] de [illegible]*. Cui si jusjurandum [illegible], juratoria cautio vocatur *[illegible]*. Quod si fidejussores vel pignora [illegible] *[illegible]* quod [illegible] etiam [illegible]

[illegible]

tur. Nam hæc generalis vox est fidejussoriam & pignoratitiam [illegible] comprehendens *d.l.3.C. de V. S. l.1. §.9. de Coll. bon.* [illegible] Quanquam propriè & ut plurimum toto [illegible] dicitur ea, quæ datis fidejussoribus fit, *l.1. [illegible] Pa. in Anal. C. de V. S. [illegible] tit. qui satisd. cog.* [illegible] opponuntur satisdato cavere & Cavere pignoribus. [illegible] II. Deinde Cautio generaliter [illegible] appellatur, quæ [illegible] sive obligationis sive liberationis probandæ [illegible] *Brisson.* Atque ita denotat instrumenta vel tabulas [illegible] quibus contractum negotium perscriptum est, item Chirographa, Syngraphas, Epistolas. *[illegible] l.40. de reb. cred. l.27. depos. [illegible] l.2. §.1. de admin. & peric. tut. l.2. C. de his qui [illegible]* III. ipsam etiam Actionem [illegible] cautionis [illegible] *l.1. §.14. de Cloac. l.24. §. ult. [illegible]* Quemadmodum etiam Chirographi appellatione pro [illegible] actionibus [illegible] *[illegible] delegat.* 3. & Cautiones instar seu vicem actionum obtinere dicuntur *l.1. §.3. de prat. stipul. l.2. [illegible]* IV. Cautio etiam pro citatione legitur *[illegible] pr.* V. [illegible] Cautiones dicebantur, *Sic. [illegible] lib.1. ep.13. sed [illegible] admoneam. & eod. lib. ep.18. itaque [illegible] Cautiones [illegible] sunt.* Plures hujus vocis significationes [illegible] & quotuplicitur vox cavendi accipiatur, qui vult, apud Lexicographos inveniet. Nos [illegible] studemus.

2. Quod ad Synonymiam attinet. Cautio alias etiam Rabbi[?] cautela dicitur *l.18. [illegible] de [illegible] & defens. [illegible] 4. Depos. l.21. de judic. l.6. de [illegible] l.25. pr. [illegible] §.1. C. de Adm. tut.* Quod tamen verbum Triboniani, quàm Jctorum potius [illegible] sæpe [illegible] volunt, putantque clausulas [illegible] verbum illud reperitur a Triboniano legibus esse insertas. *Brisson.* Stipulationis etiam vox interdum per metonymiam pro cautione usurpatur *l.15. l.27. §.1. de [illegible] & defens. [illegible] l.3. §.1. l. [illegible] solu. [illegible]* Quandoque autem adjectione [illegible] *l.5. §.4. l. [illegible] ut legat. seu [illegible] l.77. §.3. de cond. & [illegible]* Vinculum cautionis *l.1. §.1. de tutor. & rat. [illegible]* Indemnitatis [illegible]

Synon.

3. Vox Muciana [illegible] propriè Mu- [illegible] Vellejanus [illegible]

Cautio Muciana.

bestia-

bellianum à Trebellio &c. Atque hæc est brevis explicatio duarum vocum in themate nostro contentarum, separatim facta.

Synon. ipsius them. 4. Quæ si conjunctim considerentur, Cautio Mutiana vocatur etiam Mutiana satisdatio *l.67. l.106. de Cond. & dem.* item Remedium *l.7. pr de Cond & Dem. l.79. §.3. eod.* item exemplum Cautionis Mutianæ *l.72. §.2. l.77. §.2. eod.* item velut Mutiana cautio *d.l.72. §.1. eod.*

Definitio. 5. Et definiri potest, quod sit cautio, quâ is cui aliquid sub conditione non faciendi, quæ non nisi fine vitæ impleri potest, relictum est, datis fidejussoribus cavet ei, ad quem deficiente conditione id jure civili perventurum est, se conditionem impleturum, aut si contra fecerit, restitut(ur)um aut ipsum quod accepit, aut ejus æstimationem cum fructibus medij temporis. Quæ definitio deinceps in sequentibus explicabitur.

CAPUT II.

De cautionis Mutianæ origine & approbatione.

[Ca]usa Effic[ie]nt[is]? *nota.* 1. Primus cautionis Mutianæ autor, à quo nomen etiam sortita est, fuit Quintus Mutius Scævola *Nov.22.c.43.* Publij Mutij Pontificis Maximi filius, qui & ipse Pontifex maximus fuisse, & jus civile primus constituisse generatim in libros decem & octo redigendo traditur à Pomponio *l.2. §.41. de Or. jur.* quem jurisperitorum eloquentissimum vocat Cicero *in Bruto*, *& de Oratore*, qui Servium summum Oratorem de re amici sui ipsum consulentem responsumque de jure iterato repetitum parum intelligentem objurgasse fertur & dixisse: *turpe esse patricio & nobili & causas oranti jus, in quo versaretur, ignorare d l.2. §.43.* Cujus denique caput ante Simulachrum Vestæ Marij jussu, quem servaverat, amputatum & in Tyberim projectum est referente Cicerone *lib. 3. de naturâ Deor.* plura de eo vide apud Valent. Forsterum *Histor. jur. civ. Rom. lib.2. cap.33.*

Causa impulsiva. 2. Hic igitur Quintus Mutius Scævola, cum animadverteret defraudari hæreditate vel legato eos, quibus hæc sub conditione non faciendi, quæ morte demum eorum existere posset,

relicta

[illegible] atque ita negligi ultimas testantium voluntates [illegible] *l.7.C.de testam. manumis.* Memor officij [illegible] etiam in cavendo consistit, *Cic. in Orator.* & [illegible] promovendi privati juxta publicique boni, [illegible] non tantùm privatorum hominum & ipsorum defunctorum [illegible] ultimas [illegible] voluntates illibatas conservari *l. 42. de [illegible] 6. de [illegible] pr. Inst. de leg. Falc. l. 1. C. de [illegible]* & ipsius reipub. *l. [illegible] aper.* cum præsertim & [illegible] lex & prima [illegible] reipub. Romanorum idem [illegible], secundum antiquam & patriam linguam ita dicens: *[illegible] de suâ re, ita jus esto. Nov. 22. c. 2.* pro summo ingenij [illegible] excogitavit, [illegible] mederetur huic malo, ne [illegible] contra defuncti voluntatem hæreditate vel legato per [illegible] suæ tempus privaretur hæres vel legatarius; sed id quod relictum est, statim caperet, sub fidejussoriâ cautione iis, quorum interest, expositâ, se nihil facturum, quod appositâ conditione facere prohiberetur, aut si in conditionem commisisset, restituturum id quod [illegible], vel ejus æstimationem cum fructibus [illegible] temporis. Ut ex definitione patet.

2. Hanc Cautionem postea approbarunt summi JCti [illegible], [illegible] & Julianus: & confirmavit suâ constitutione Imperator Divus Pius *l. 7. [illegible] Dem.* ita ut utilissimum hoc [illegible] usque tempora duraverit, & hodieque observetur. Et [illegible] de Inventore hujus Cautionis ejusque approbatoribus. [illegible] *Causa [illegible].*

C A P U T III.

De personis quæ caveant, quibusque caveatur.

1. Personæ, quæ in hac nostrâ cautione principaliter se [illegible], in duplici sunt differentiâ, quædam [illegible] cautionem præstant, aliæ eam recipiunt. De utrisque hoc [illegible]. Et generaliter loquendo præstat Cautionem [illegible], qui sub conditione [illegible] aliquid [illegible] *Causa effic. proxima.* [illegible]

2. Vos

2. Vox Relicti propriè ad ultimas voluntates pertinet *l.1.§ 10. de tabb.exhib.* & generalis est, ut tam hæreditas, quàm legatum, fideicommissum, & mortis causâ donatio relinqui dicantur. Quorum exempla vide apud Brissonium *in hac voce.* Magn. Dn. D. Taborem, Facult. Jurid. Seniorem, & p.t. Decanum spectatiss. Præceptorem, Hospitem & Patronum meum ætatem colendum *in tractatu de alienatione quæ in mutuo vertitur pag. 460. & seq.* Sive igitur sit Hæres, sive Legatarius *l.7 pr. de Cond. & Dem.* sive Fideicommissarius *l.72. § 2. eod. l 65. §.1. ad SC. Trebell.* sive etiam mortis causâ Donatarius, cautionem hanc interponere potest: ad hos enim omnes ea producta est *Nov. 22. c. 44. Iason. in l.2. n.23. de legat. 1.*

An hæres ex asse cavere teneatur?

3. De Hærede autem non satis expeditum est, utrum is tantùm qui ex parte hæres est, an verò etiam ex asse hæres præstare hanc cautionem teneatur? Et sunt quidam magni nominis Dd. in eâ opinione, ut putent, hæredem ex asse non cavere, cum nemo sit cui caveat. Quam sententiam præter alios fovent Accursius, Imola, Donellus, Bachovius, Coll. Arg. Rationem autem cur legitimis hæredibus eum cavere non posse existiment, hanc præcipuè reddunt: quod illo tempore, quo de deferendâ postea, si contra conditionem factum sit, hæreditate disputetur, inspecto, quis successurus sit ab intestato, tempore cautionis præstandæ sciri non possit *arg. § placebat. 7. Inst. de legit. agn. success.* Et quod singularibus casibus receptum est, ut personæ publicæ caveatur, ad alios extendi nec possit nec debeat. *Bachov. volum. 2. disp. 23. th. 6. lit. d.*

4. Verior tamen contra sentientium videtur esse opinio, tum per *l.18. de Cond. & Dem.* ubi generaliter definitur, ei cavendum esse, ad quem jure civili deficiente conditione legatum hæreditasve pertinere potest: dubium autem non est, quin, cum scriptus hæres conditione defectus est, causa intestati succedat & hæreditas ad legitimos devolvatur: tum per expressum textum *in Nov. 22. c. 44.* Ad rationem autem obstantem supra allegatam, responsionem suppeditat ipse *Bachov. d. loc. in fin.* quod nempe factum conditioni contrarium retrotrahatur ad tempus adeundæ hæreditatis, & cum cautio in effectu tantum præstet, quantum hæreditatis acquisitio, si postea hæres contra conditionem fecerit, perinde quoque erit habendum, ac si statim tempore cautionis

tionis interpositæ conditio defecisset & hæreditas ab intestato delata esset.

5. Verum adversantur nostræ opinioni duo præterea textus *l.7.§ 1.de Cond. & Dem. & l.4.§ 1. de Cond.Inst.* Et ad priorem quidem prompta est responsio. Proponitur enim *in d. l. 7. §. 1.* casus, quo mulier virum suum ex asse hæredem instituerat sub conditione, *si dotem promissam neque petisset neque exegisset*, & ait lex ipso jure jam impletam esse conditionem, eò quod non est, quem possit de dote convenire ipse adeundo hæreditatem. Nam quod defunctus debuit non nisi à testamentario hærede peti potest, nemo autem à se ipse quid petere potest. Quo sensu hæc conditio etiam impossibilis vocatur in *l. 20. de Cond. Inst.* & propterea pro nullâ habenda *l.3.de Cond.& Dem.* Obstātium textuum solutio.

6. Posterior verò textus *l.4.§.1. de Cond. Inst.* aliquantò difficilior est explicatu, Bartolus duas habet solutiones, quas frivolas appellat *Bachov. alleg. loc.* Prior est quod non curetur illa conditio, quæ nullius respiciat favorem. Verum interest utique hæredum ab intestato, ad quos hæreditas perventura est, si contra conditionem scriptus hæres faciat. Altera est, quâ dicit in specie *d.l.* nullos legitimos hæredes fuisse, quam probat *Albericus Gentilis 2. lect. ult.* Sed præterquàm quod hæc mera divinatio est, nodum etiam non solvit, esset enim utique hoc casu cavendum fisco, ad quem hæreditas caduca pertineret. Cujacius *lib.5. Obs.2.* respondet; propterea in *d.l* 4. §.1. ex asse hæredem sub impossibili conditione dici institutum, quia servus hæreditarius jacente tantum hæreditate appelletur, aditâ verò eâ non amplius sit hæreditarius, sed hæredis proprius, confusione factâ bonorum hæreditariorum cum bonis hæredis Ergo non posse amplius hæredem in conditionem peccare, cum, etsi servum quondam hæreditarium manumittit, tamen suum servum manumittere, non servum hæreditarium existimetur. Sed hæc interpretatio cavillatoria est: non enim tam strictè & subtiliter hanc vocem testatorem usurpasse vero simile est, sed suum servum sine dubio intellexit, & hæreditas sæpe etiam dicitur quæ adita est *l.10. §. 2. de vulg. & pupill. subst.* Deinde secundum hanc interpretationem ne quidem cohærede dato cautioni Mutianæ locus esset, quam tamen interponendam Julianus & Ulpianus statuunt. Aliam denique responsionem *Anton. Faber lib.2. conject.16.* proponit verbis satis obscuris,

B scuris,

scriis, quam probat [illegible] *Tract. [illegible] cap. [illegible] lit. Q.* Inter alia etiam hoc habet: Conditionem propterea dici impossibilem, quia nunquam testator voluit, & hæredem prius hæredem non esse, quam conditionem implevisset, & conditionem prius non impleri, quam adita hæreditas esset: quæ prorsus contraria & pugnantia sint. Sed si hæc explicatio admitteretur, dicendum esset ipsam institutionem ob perplexitatem suam inutilem & nullius momenti esse, non conditionem tanquam impossibilem remitti, *arg. l. 16. de Cond. Inst.*

7. Simplicius forte possis respondere: Impossibilem conditionem vocari hic eam, quæ deficere non potest, quæ certo existitura est, hoc est necessariam, ideo quod aliquid impossibile supponat. Dum enim testator hæredem suum [illegible] suum hæreditatem alienare, supponit eum posse alienare, quod est impossibile, cum nullus jus in bona defuncti tanquam aliena ante habere possit, quam aditione ea acquirat. Et hæc conditio ea ratione impossibilitatem non faciendo [illegible] *de hered. inst. & 7. de V. O.* sive autem dicamus hæredem sub necessaria conditione institutum esse, sive sub impossibili [illegible] eodem redit. Necessaria enim conditio non potest non existere & propterea conditionem re vera non facit *l. 79. pr. de C. & D.* ea namque demum vera est conditio, quæ ex rei futuræ eventu incerto dependet; *gl. in rubr. ff. de C. & D.* [illegible] *§. 4. Inst. de V. O.* Impossibilis autem conditio [illegible] Utroque igitur modo institutio pura est. Et [illegible] quam ei ante aditam hæreditatem conditio hæc deficere non possit, posse tamen eandem deficere post hæreditatem aditam [illegible] et reperiemus, [illegible] naturam conditionum [illegible] mari ante rem, cui adjiciuntur, existentem; cum itaque præsens conditio hæreditatis aditioni adjiciatur, & vero ante eam servus hæredis omnino alienari non possit, hinc impossibilitatem hujus conditionis æstimari, & conditionem ipsam rejici, quæ ubi semel rejecta est non amplius attendi an post aditionem hæres servum alienet, necne.

Conciliatio *l. 7. §. 1. de C. & D. & l. 20 pr. de Cond. Inst.*

8. Secundum hanc explicationem conciliari etiam possunt *l. 7. [illegible] de Cond. & Dem. & l. 20. pr. de Cond. Inst.* quæ in speciem sibi videntur contrariæ. Quam enim conditionem [illegible] jure ait esse impletam, eam altera [illegible] impossibilem vocat. Hinc quoque patet non recte Cujacium [illegible]

subjicere

Hilligero Donel. Enucl. cap. 33. lit. Q. quod *lib. 5. obs. 2.* dixerit in *d. l. 7. §. 1. de Cond. & Dem.* conditionem fieri impossibilem, cum conditio ibi sit planè contraria impossibili, & necessaria seu omnimodo exstitura. Sed consentit cum Cujacio ipsa *alleg. l. 20. pr. de Cond. Inst.* quæ eandem eo, quo diximus, sensu impossibilem appellat. Cujus legis fortasse Hilligero non in mentem venit, cum hæc contra Cujacium commentaretur.

Cujacius vindicatur à notâ Hilligeri.

9. Alteram hujus cap. partem fecimus de personis quibus caveatur. Cavendum autem est ei, ad quem jure civili deficiente conditione legatum vel hæreditas pertinere potest, *d. l. 18. de Cond. & Dem.* seu cavendum est his quorum interest *l. 65. §. 1. Ad SC. Trebell.* Et quidem si particularis est institutio, cavebitur cohæredibus aut substitutis; si legatum vel fideicommissum, ei à quo hoc relictum est: si mortis causâ donatio, omnino hæredibus: si verò ex asse secundum talem conditionem conscribatur quis hæres, substitutis, si fuerint, aut omnino iis, qui ab intestato vocantur ad hæreditatem, *Nov. 22. c. 44.*

Subjectum Recipiens.

10. Quid autem si fideicommissum universale relictum sit, & recuset scriptus hæres adire hæreditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, ac proinde desiderante fideicommissario ex SCto. Trebelliano cogatur adire & restituere hæreditatem? Resp. Tunc non cavebitur hæredi fiduciario, quia ejus nihil interest, nullum enim nec damnum nec commodum apud eum remanet *§. 7. in fin. Inst. de fideicom. hæred.* Sed si quidem fiduciarius ex parte hæres institutus est, cavebitur cohæredibus, qui adierunt; sin ex asse, iis qui ab intestato ad hæreditatem perventuri sunt *d. l. 65. §. 1. ad SC. Trebel.*

11. De substitutis legatariorum, h. e. iis ad quos sub contraria conditione legatum translatum est, quæritur: An his etiam caveri debeat? Et Affirmativam tuetur Cujacius *ad l. 72. pr. de Cond. & Demon.* Quia ad hos redeat legatum quod deficit & per consequens ipsorum intersit Sed negandum est eorum ita interesse, ut cautionem à legatario exigere possint. Etenim hæres oneratus est, non enim à priori legatario fideicommissum relictum est, si contra conditionem fecisset; sed ab hærede legatum est, qui sibi prospicere debet cautione de non faciendo contra conditionem *arg. l. . §. 4. de adim. vel transf. legat.* Et ex ipsâ definitione legati patet ab hærede id præstandum esse *§. 1. Inst. de legat.* Et si prior

An substituto legatario caveatur?

 legata-

legatarius contra conditionem fecerit, commissa stipulatione [illegible] est, redditur, atque casu hæres [illegible] conditionem [illegible] restituet. [illegible] *de cond.* [illegible] ad [illegible] legatarium [illegible] propterea [illegible] interesse posterioris legatarii non [illegible] quæ per [illegible] sequentias [illegible] *cond.* [illegible] Quod si hæres per negligentiam [illegible] ne caveri non curaverit, & inde damnum [illegible] ipse ad [illegible] tenetur, [illegible] quod interest, [illegible] *de cond. & Dem.* Certe si prior legatarius [illegible] cavere tenetur, [illegible] cautione, aut [illegible] possit, contra *d.l.73.* [illegible] quod [illegible] ipse non [illegible] *cap.* [illegible] Nec tamen [illegible] hic aliquando sub-stituitur [illegible] cautio [illegible] re defecit, quæ sollicite [illegible] *l.71.* [illegible] tempore facul-tatem [illegible] stipulatione non possit. Nam [illegible] eventis, & casibus fortuitis [illegible] nec minus contingeret, [illegible] casu [illegible]

C A P U T IV

In quibus rebus cautio hæc locum habeat.

[illegible] 1. [illegible] Mut[illegible] [illegible] tur esse [illegible] [illegible]

[illegible]

5. Et primo quidem fortasse supervacuum est monere, ut [illegible] oportere conditiones ipso jure esse [illegible] quas [illegible] [illegible] pro non [illegible] de Cond. & [illegible] non sit, legatumque pro puro ha- [illegible] disputatur de [illegible] Requisita conditionum

6. [illegible] Conditiones, ut sint validae, requiruntur 2. ut [illegible] de Cond. & Dem. [illegible] Nam quae [illegible] debent, alias legatorum [illegible] aliquanto latius sumitur, [illegible] ubi facere & [illegible] hic autem verbum facere [illegible] complectitur, dandi, solvendi, [illegible] de Cond. & [illegible] Requisitum 2.

7. Notandum tamen non excludi hic conditiones eas [illegible] aequipollent, licet affirmative [illegible] § [illegible] de Cond. & Dem. ubi [illegible] si cum filio meo in ma- [illegible] si noster inspiciatur, affir- [illegible] perpenderimus, deprehen- [illegible] negationem & vi ipsa negantem [illegible]

8. [illegible] in omnibus [illegible] locum habet. [illegible] enim l. 7. [illegible] de Cond. & Dem. [illegible] tamen [illegible] sunt accipiendae & ex aliis ll. limitandae. [illegible] Requisitum 3. [illegible] Nam si [illegible] quid sub [illegible] conditio

[illegible] implen-

impleatur: & si Legatarius vel quilibet alius, cui relictum est, ante impletam conditionem decesserit, nihil ad hæredem suum transmittet conditione defectus *l.*72. § 2. *l.*101. §.3. *l.*106. *de Cond. & Dem.*

6. Ratio diversitatis, quamobrem in non faciendi conditionibus, quæ morte demum legatarij vel hæredis existunt, Cautio Mutiana locum habeat, in cæteris autem, quæ vivis eis contingere possunt, non item habeat, hæc est. Quod in illis, si absque Cautione Mutianâ esset, eveniret, ut non ipse hæres institutus, vel legatarius potirentur legato vel hæreditate, sed demum istis mortuis eorum successores: atque ita perirent ultimæ morientium voluntates, quas tamen conservari publicè interest. Vero enim similius est defunctum Testatorem suis Hæredibus vel Legatariis consultum cupere & hæreditate legatove eos potius frui desiderare, quos ipse instituit, quam eorum demum Hæredes. Interpretatione igitur secundum conjecturam voluntatis defuncti factâ in modum resolvendæ sunt hæ conditiones & cautione Mutianâ cavendum hæredi vel legatario, nunquam se contra prohibitionem Testatoris facturos. Hæc autem ratio cessat in conditionibus cæteris: Cum eni u vivo eo, cui relictum est, conditio impleri possit, & eâ impletâ Testatoris beneficio Hæres vel Legatarius ipse fruatur, atque ita defuncti voluntas exitum habeat; nulla causa est quamobrem conditio aliter explicetur, quàm nativus verborum sensus exposcit, & proinde Cautio Mutiana locum hîc invenire non potest. In quibusdam etiam harum conditionum accidit, ut ne morte quidem ejus, cui quid relictum est, impleantur, sed demum post eam, ex gr. cum Mævio centum lego, *si mulier non nupserit*, si vivâ muliere moriatur Mævius legatum extinguitur, nondum impletâ conditione. Frustra itaque caveret hîc Legatarius.

7. Si tamen de voluntate testatoris apertè constet, aut evidenter probatum fuerit per eum, cujus interest, testatorem noluisse rem legatam vel hæreditatem relictam ad legatarium vel hæredem priùs pervenire, quàm reverâ conditio impleta sit, nullus Cautioni Mutianæ locus erit; sed expectabitur mors ejus, cui relictum est, ne remedium, quod ad conservationem voluntatis defuncti introductum est, ad eam oppugnandam serviat.

8. Quod autem diximus conditiones, quæ vivo legatario impleri

[illegible] admittere cautionem Mutianam, ei quae vitae [illegible] cum ubi legatum est sub conditione, [illegible] quae sane morte [illegible] existere potest vivo [illegible] interposita legata- [illegible] accipere posse. Resp. [illegible] 15. [illegible] hanc cautionem interpositioni, [illegible] in [illegible] legatarii, qui [illegible] cum habeat in servum jus vitae & [illegible] ad legatum sibi viam facere, quae ratio [illegible] [illegible] Regulam scilicet hanc quae [illegible] legatarii impleri possunt, admittere cautionem Mutianam, [illegible] quae aperte in mor- [illegible] collatae sunt, non vero de aliis, in [illegible] quibus vivo legatario [illegible] [illegible] non respexit. Id in [illegible] [illegible] testator contulit [illegible] [illegible] sed legatarii tanquam sub [illegible] [illegible], *si [illegible] in diem ultimum vitae suae* [illegible]. Hoc igitur solo casu inspecto, le- [illegible] cautione Mutiana ad legatum statim admittetur. [illegible] conditione hac, *si iterum nuptias non contraxerit*, [illegible] Mutiano; etiamsi conditio ante [illegible] existere possit, puta sacerdotio obtingente, ut [illegible] tamen non sacerdo- [illegible] testator spectavit, si usque [illegible], [illegible] hoc casu cautioni Mutianae lo- [illegible]. Sed de conditione nuptiarum paulo [illegible].

[illegible] *in [illegible]* cum tale legatum [illegible] quidam negaverunt [illegible] libera conditio possit existe- [illegible] placuit. Nam sive pater est, qui hanc [illegible] non potest ille [illegible] [illegible] ante [illegible] [illegible] patrum creditur [illegible] [illegible] sub [illegible] conditione [illegible]

gavit, neque tum voto matris opponi debet tam ominosa non interponendæ cautionis interpretatio. Et sicut nemo intelligitur filio patrem contra votum parentum substituere *l. 26. §. 1. si quis omiss. caus. test.* ita nemo etiam creditur parentibus malè ominari & in tempus mortis liberorum legatum relinquere. Idem observatur si liberto patronus ita legaverit, *si a liberis suis non discesserit*; Nam & hîc cautio Mutiana locum habet, licet liberi ante libertum decedere possint, fuit enim, *ait d. l. 72.* §. 1. periculosum ac triste libertum conjunctum patroni liberis eorundem mortem expectare. *Vid. omninò Cujac. lib. 5. obs. 2.* ubi per inductionem exemplorum ostendit, in omnibus locis, ubi de conditionibus, quæ vivo legatario impleri possunt, respondetur cautionem Mutianam locum non habere, ea, quæ sub iis conditionibus relicta proponuntur, apertè esse relicta post mortem alterius.

9. Et hæc ita se habent, cum addita conditio non faciendi sola existit: cum verò præter eam alia adjecta invenitur, per quam actio legati differri possit, cautio Mutiana priùs interponi non potest, quàm altera conditio, quæ effectum ejus impedit, impleta, atque ita impedimentum fuerit remotum *l. 77. §. 1. de Cond. & Dem.* omnibus enim conditionibus parendum est, *l. 5. de Cond. Inst.*

De conditione nuptiarum.

10. Inter eas conditiones, quas paulò superiùs jure improbari diximus, est etiam conditio nuptias prohibens. De quâ cum jura varient, aliterque jure antiquo, aliter novo & novissimo constitutum sit, & etiamnum pro locorum & incolarum consuetudine apud alios vetus apud alios novum jus observetur, ut sciri possit, ubi cautio Mutiana locum habeat vel non, non abs re erit quædam hîc afferre, ita tamen ne digressio fiat longior.

11. Et lex quidem Julia & Papia, quæ utilis reip. esse dicitur, sobolis scilicet procreandæ causâ lata *l. 64. de Cond. & Dem. Nov. 22. cap. 43.* quam ob causam etiam dotes mulieribus conservari publicè interesse dicitur, cum dotatas esse fœminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maximè sit necessarium *l. 1. solut. matrim.* unde veteres Romani liberorum numerum præmiis, orbitatem pœnis affecerunt, *Duaren. Perez in C. h.* Hæc igitur lex Julia & Papia ita procedit; ut, si indefinitè & generaliter nuptiæ prohibeantur, conditio tanquam matrimonii planè impeditiva & cœlibatum injungens improbetur & remittatur.

tatur, in tantum ut, si sub hâc conditione legatum sit, *si non nupserit*, non modo nubere ipsi & legatum capere liceat; sed etiamsi expressè sub contrariâ conditione, *si nubat*, fidei ejus commissum sit, ut Titio legatum restituat, non tamen cogatur fideicommissum præstare *l.22. de Cond. & Dem.* Diversum observatur, si sub conditione, *si non nupserit*, legatum acceperit, & simpliciter id restituere rogata sit *l.14 pr. de legat.3.* non enim plus beneficio legis ex legato concessum est mulieri, quàm haberet, si conditioni paruisset *l.74. de C. & D.* hoc autem casu, etiamsi non nupserit, fideicommissum nihilominus restituet.

12. Sed hæc ita se habent, nisi sub contrariâ conditione disponatur aliquid cujus favor favori nuptiarum præponderet, tunc enim conditio implenda est, aut omittendum legatum. Nam si servi ususfructus, *quoad vidua esset*, mulieri legetur; idemque servus sub contrariâ conditione, *si ea nupsisset*, liber esse jubeatur: si mulier nupserit, liber erit, ob summum favorem libertatis, quæ legato potior est, *l.96. §.1. de C. & D.* Quod si ita legatum sit, *si non nupserit* 200. *si nupserit* 100. *lego*, si nupserit mulier opimius legatum eligere potest, non tamen utrumque 200. & 100. capiet, quod ridiculum sit, eandem & ut viduam & ut nuptam admitti, *l.100. de Cond. & Dem.*

13. Quamvis autem in arbitrium alterius nuptiæ conferantur, nihilo magis conditio valet, licetque vivo eo, in cujus arbitrium collatæ sunt, sine arbitrio nubere, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur. Eodem modo succurretur mulieri, si vivo testatore Arbitrator decedat, licet conditio deficiat, quia suspensa quoque pro nihilo foret *l.72 §.4. de Cond. & Dem. l.54. §.1. de legat.1.* Præterea si Mæviæ ita legatum sit, *si non nupserit cum morietur*, adjectio hæc nihil operatur, ne per eam illudatur legi Juliæ. Videtur enim propterea mortis tempus adjectum esse, ut nuptiarum impedimentum eò fortius sit. Quod tamen non probatur, si certus dies incertusve alius legato ascriptus sit, tunc enim conditio quidem remittitur, ante diem tamen legatum non capitur *l.72. § 5. de Cond. & Dem.* Si vir uxori, *si à liberis ne nupserit*, in annos singulos aliquid legavit, etiam tunc, quamvis nubat, mulier legatum capiet: sed si ita scriptum est, *si à liberis impuberibus ne nupserit*, parendum est conditioni, quia magis cura liberorum, quàm viduitas injuncta esse videtur, *l.62. §.2. de C. & D.*

[illegible]

14. Atque ita se res habet in conditionibus [illegible] Quod si verò [illegible] vel etiam certe [illegible] vel denique certo [illegible] [illegible] [illegible] eo quod [illegible] Juliæ & Papiæ [illegible] cum mulier [illegible] tendum est, posse beneficio legis [illegible] Quæ enim Titio [illegible] [illegible] Titius indignus [illegible] esset [illegible] est [illegible] & Titio [illegible] mulieri [illegible] [illegible] adscriptum est [illegible] de Cond. & Dem.

15. Et hæc quidem ita [illegible] si ipsi mulieri [illegible] etiam viro, ad utrumque enim lex Juliæ & Papiæ pertinet, & in utroque conditio viduitatis [illegible] pr. C. [illegible] viduis [illegible] sub illa conditione [illegible] si alii legatum sit [illegible] conditione, si mulier non nupserit [illegible] [illegible] mulieri legatum [illegible] [illegible] [illegible] nullum [illegible] [illegible] [illegible] legatarius [illegible] tur mulier, quod [illegible] conditio [illegible] [illegible] [illegible] ejus mortem ex[illegible] [illegible] Cond. & Dem.

16. Quod si tamen in [illegible] [illegible] [illegible]

nupserit: vel filiusfamilias, *si pater ejus uxorem non duxerit*, *l.79.§.4. de Con. & Dem.* Quia illo casu filiusfam. sine consensu patris nuptias contrahere non potest, atque ita nolente patre consentire nuptiæ ejus impediuntur: hoc autem casu perinde est, ac si ipsi patri legatum esset, *si uxorem non duxerit*, cum omnia bona filiifamilias ad patrem pertineant; nec momento aliquo acquisita hæreditas vel legatum subsistat in personâ ejus, per quem acquiritur, sed confestim acquiratur ei cujus est in potestate *l.79. de acquir. vel omitt. hered.* Item si mulieri & alij conjunctim legatum relictum sit, sub conditione *si mulier non nupserit*, uterque partem legati habebit, etiam nubente muliere: hæc quidem, quia ei remittitur conditio, ille verò propter mulierem sibi conjunctam, uti etiam aliàs sæpe accidit, ut, quod per nos & ex nostra persona habere non possumus, id consequamur per alium & propter conjunctionem cum alterius personâ *l.74. de Cond. & Dem.* in quâ Cujac. tria singularia observat, *quem vid. in quæst. Papin. ad hanc l.*

17. Diligenter autem observandum discrimen, quod inter juvenes vel puellas, & inter viduos viduasve hîc observatur. Illis enim conditio cælibatum injungens omnino & simpliciter remittitur; his verò non simpliciter, sed sub modo & tum demum, si intra annum jurent, se non libidine aliquâ, sed liberorum quærendorum causâ ad secundas nuptias transire: post annum vero omninò non remittitur, sed cautio Mutiana interponenda est, de conditione implendâ. Differentiæ hujus ratio in eo posita esse videtur, quod non pari fauore primæ & secundæ nuptiæ dignæ fuerint habitæ, & quamvis secundæ nuptiæ permissæ sint, tamen semper aliquâ incontinentiæ notâ laborarunt, non tantùm apud Ethnicos, sed & sanctos patres, *vid. Johan. Robert. animadv. lib.1. c.2.*

18. Quæ hactenus allata sunt, ita de jure antiquo se habent. Sed Justinianus sustulit id, quod in viduis observatum esse diximus, ne amplius vel juramentum interponere vel cautionem Mutianam necesse haberent, propter anceps perjurium, cum satis esse inhumanum videatur, per leges, quæ perjurium puniunt, viam perjurijs aperiri *l.2 & 3. C. de Ind. vid. toll.* & sic exæquavit viduorum conditionem cum eâ, quæ est juvenum vel puellarum matrimonij jugum nondum expertarum, ut similiter omnibus conditio nuptias prohibens simpliciter remittatur.

C 2   19. Has

22. Has tamen licet constitutiones Justinianus [illegible] [illegible] quatenus [illegible] ad jus verum. Contrario modo constitutum [illegible] voluerimus, sed cautionem Mutianam interponi de [illegible] decedendo. Si tamen post [illegible], totus [illegible] [illegible], nisi forte sacerdotium [illegible] [illegible] spe [illegible] nuptiarum amplius [illegible]. Ejusque rationem Gothofr. [illegible]. Cujacius sed [illegible] apud Pontificios [illegible] [illegible]. Et [illegible] refert [illegible]. Quod Augustanæ Confessionis Theologi [illegible] probatur, qui nullum conjugii honesti impedimentum [illegible]. Carpzov. lib. 2. jurisp. Consist. Defin. 171.

23. Supplendum in hac [illegible] conditione ut [illegible] & [illegible] Mutianæ [illegible] habet [illegible] ac ceteris conditionibus negativis, quæ autem [illegible] tradere [illegible] reduci [illegible].

Res ipsæ in quibus hæc cautio locum habet. [illegible] Sive.

24. Visis hoc modo conditionibus in quibus cautio Mutiana locum habeat, pergamus ad res ipsas circa quas conditiones [illegible]. Hæ vero sunt legata & hæreditates l. 7. [illegible] & D. Nec refert utrum tota hæreditas an pars ejus relicta sit [illegible] supra demonstratum. In fideicommissis quoque hoc remedium admittitur l. 72 §. 2. de cond. & dem. [illegible] C. Trebell. sed & in mortis causa donationibus [illegible]. Jason [illegible] quoniam hæ ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia §. 1. [illegible] de donat. l. 37. de mort. caus. donat. [illegible]

25. De Usufructu sub conditione non faciendi relicto [illegible] dubitari potest, an in eo etiam locum habeat cautio Mutiana. Et [illegible] confertur in id tempus, quo persona decedere [illegible] quo etiam constitutus Ususfructus [illegible] solet [illegible] [illegible] legari. l. [illegible] de usufr. & quemad. [illegible] [illegible], nec cautione Mutiana [illegible] confirmari [illegible] tamen non [illegible] diversum deciditur in l. 7. §. 3. de Cond. & Dem. Decidendi ratio est in l. [illegible] Cond. & Dem. quod [illegible] non [illegible]. Cum enim non [illegible], ususfructus relictus sit, sed sub conditione [illegible]

[illegible]

[illegible] ante mortem legatarij existere nequeat, [illegible] tempore mortis legata-rij, [illegible] interpretatio tamen ita fit, quasi modum po-[illegible] quam conditionem fecerit, & interpositâ cautione legatum [illegible] legatarius.

16. [illegible] hæc cautio in contractibus. [illegible] conditione stipuleris, *si capitolium ascenderis* [illegible] *spondeam*: expectabitur mors tua, [illegible] nec quicquam petere potes, ut ut [illegible] sed immutabiliter verum esse de-[illegible] expresse, *cum moriere*, stipula-[illegible]

κατ' ἔξοχ
1 Non habet locum in contra-ctibus.

17. [illegible] cur non æque in contractibus, ac [illegible] cautio Mutiana interveniat, hæc est. [illegible] vel [illegible] dato [illegible] defuncti [illegible] suprema hominum [illegible] & vero testator lega-[illegible] mortis legatarii vel hæredis ex-[illegible] *si aliquid non feceris, puta capi-[illegible]* verba ambigua sint, possunt enim [illegible] conditionem denotare, igitur in modum potius quam conditionem [illegible] ex conjecturâ voluntatis de-functi, [illegible] cautionis Mutianæ statim lega-[illegible] quod relictum est, consequuntur, nisi aliam [illegible] fuerit. At contractus ut va-leant, non unius voluntas sufficit, sed duorum consensus requiri-tur [illegible] duorum pluriumve consen-sus [illegible] voluntas [illegible] *de O. & A.* Non igitur [illegible] conditio *non faciendi* in modum per interpre-tationem [illegible] prout jacent, sumenda sunt, [illegible] facienda [illegible] qui sibi [illegible] apertius [illegible] Cum itaque debuerit [illegible] est verosimile quod apponendo condi-tionem [illegible] non nisi post mortem [illegible] impleri [illegible] cogitaverit, aut ante voluerit [illegible] vere. [illegible] si conditionem [illegible] quod non sit

[illegible]

testatori, cui sufficiet, non contra dictam conditionem quid perpetratum esse. *vid. Gomez 2. variar. resol. c. 11. n. 37.* Et propterea cessante cautione Mutianâ expectabitur, donec certum erit, eum non ampliùs Capitolium ascendere posse, quod demum morte illius certum fit. *Zas. ad l. 115. de V. O. n. 32.*

25. Hanc dissimilitudinis rationem rejiciens *Anton. Faber lib. 2. conject. c. 16. in fin.* aliam substituit talem. Quodsi, inquit, in ultimis voluntatibus conditionis eventus expectaretur, fieret, ut quamvis existente conditione, suprema tamen defuncti voluntas intercideret, neque hæreditas aut legatum hæredi aut legatario acquireretur. Cum enim ipso mortis instanti duntaxat conditio existat, conditionis autem existentia non faciat, ut, quod sub conditione relictum erat, eo ipso acquisitum intelligatur, sed tantum ut perinde sit, ac si relictum esset purè *l. 13. de Cond. Inst.* apparet hæreditatem non agnitam, aut legatum non acquisitum (neque enim pendente conditione acquiri potuit) in hæredis aut legatarij hæredem transmitti non posse. Atque ita contra voluntatem testatoris legatum intercideret, cujus conditio vivo legatario extitisset. Quod in stipulationibus & contractibus dici non potest, in quibus jam inde ab initio acquiritur obligatio, licet petitio in eventum usque conditionis suspendatur *l. 26. de stipul. servor.* & ideo existente conditione eo tempore quo stipulator moritur, nihil prohibet in ipsius hæredes stipulationem transire, ut ex eâ agere possint. Hæc ille *d. loc.* quam opinionem approbant *Gœddæus de contrah. stipul. c. 5. conclus. 19. n. 291. Hilliger in Donel. Enucl. lib 8. c. 33. lit. S.*

26. Verum, liceat tantorum virorum pace dicere, hæc ratio non nihil falsitatis habere videtur. Non enim concedendum est Fabro, ante introductam cautionem Mutianam hæreditates vel legata sub conditione non faciendi, quæ morte demum impleri potest, inutiliter esse relicta. Nam in legatis utique certum est, statim diem cedere impletâ conditione, sub quâ relicta sunt *l. 5. §. 2. quand. dies legat. l. 41. de Cond. & Dem. l. 1. §. 7. C. de Cad. toll.* ita ut ad hæredem transmittantur *l. 5. pr. l. 14. § 1. l. 19. § 3 & passim quand. dies leg.* etiamsi legatarius ignoraverit diem cessisse *l. 16. § 1. qui test. fac. poss. l. 77. §. 3 de legat. 2. l. 24. de O. & A. l. ult. C. quand. dies leg.* etiamsi moriatur ante hæredis aditionem, quia hæredis aditio moram quidem petitioni facit, cessioni diei non facit *l. 7. pr. quand. dies legat.*

Exp.

[illegible] ad [illegible] conditionem legati agitur legata [illegible] sed sufficit conditionis implerio- [illegible] legatarius etiam pendenti- [illegible] legati ad heredem suum transfert, [illegible] licet ex- [illegible] legatum conferatur [illegible] lega- [illegible] legatum ad heredem transmit- [illegible] quidni ergo, si tacite sub conditione non [illegible] sit, ad heredem transeat. [illegible] non habent.

[illegible] Sed [illegible] institutiones sub dictis conditio- [illegible] Mu[illegible] similes superioribus. [illegible] non transmit- [illegible] nihil tamen impedit [illegible] conditione in ultimo etiam mortis articulo [illegible] Ad solam [illegible] nec [illegible] quamobrem au- [illegible] modus est, se [illegible] cum quolibet facto ante- [illegible] de satis prohi- [illegible] conditionem sub qua institutus est, implet eo [illegible]

[illegible] Acquisitionem igitur in ratione differentiæ supra da- [illegible] Cu[illegible] & aliorum, [illegible] alteratur. Nam [illegible] nullam causam posse dari, quare in his con- [illegible] heredis vel legatarii, [illegible] videatur, quam in illis. [illegible] supra hoc ipso [illegible] est.

[illegible] inter vivos [illegible] [illegible] donationis [illegible] [illegible] 1. Non habet locum in donationibus inter vivos.
[illegible]

3. Non habet locum in libertatibus.

30. Nec denique locum invenit hæc cautio in libertatibus. Licet enim ex mente legis duodecim tabularum appellatione legatorum libertates etiam contineantur *l.77. de leg. 3. l. 80. l. 120. de V.S. ibique Gæddæus. Coll. Arg. de legat. th. 4.* tamen id postea interpretatione coangustatum est vel legum, vel autoritate jura constituentium *d. l. 120. de V.S. & ibi Gœdd.* ita ut legatarij discernantur ab iis, qui libertatem testamento acceperunt, *l. 5. §. 1. l. 14. pr. & §. 1. de appellat. l. 51. l. 87. de Cond. & Dem.* Et ratio, quare Mutiana cautio in libertatibus testamento sub conditione non faciendi datis recipi non possit, hæc dari potest. Natura cautionis Mutianæ est, ut eâ caveatur de re testamento relictâ restituendâ vel ipsâ vel æstimatione ejus, si contra conditionem factum fuerit: Libertas autem, quæ semel competiit, revocari non potest §. 6. *Inst. quib. ex caus. manum non lic. l. 9. §. 1. de manum. vind. l. 1. C. de vindict. libert.* nec adversus manumissum ulla restitutio potest locum habere *l. 7. pr. de dol. mal. l. 9. §. ult. de minor.* in quam sententiam etiam Tacitus *lib. 3. Annal.* eleganter scribit: *Ideo dispiciat quisque merita, tardeq; concedat, quod datum non adimitur.* Et hæc adeo vera sunt, ut etiamsi expressè sub modo testator libertatem dedit, & adjecit, *si modum manumissus implere noluerit, aut contempserit, ut jure servitutu teneatur*, tamen hæc verba adjecta ad revocandam libertatem, quæ semel competiit, non sint efficacia, *l. 52. de manum. testam.* multo igitur minus conditio non faciendi, sub quâ libertas relicta est, in modum resolvi debet, præstita cautione Mutianâ. Sed nec alterum hujus cautionis membrum, quo cavetur, si res ipsa restitui non possit, æstimationem ejus restitutum iri, in libertatibus datis procedit, cum libertas inæstimabilis res sit, *l. 106. l. 176. de R. I.*

31. Quid ergo? An libertatem ex testamento non habebit is, cui sub hâc conditione, *si Capitolium non ascenderit*, libertas relicta est? cum neque remedio cautionis Mutianæ, uti dictum, liber fieri possit, & in ultimum vitæ tempus libertas collata nullius momenti sit *l. 17. pr. l. ult. pr. de manum. testam. l. 4. §. 1. de statu liber.* Sed hoc affirmare contrarium esset favori libertatis, quæ omnibus rebus favorabilior esse dicitur *l. 122. de R. I.* ut in ejus favorem multa etiam contra jus commune recepta sint. Exempla vide *in l. 3. §. 1. de alien. judic. mut. caus. fact. l. 1. & 2. C. de com. serv. manum.* sæpe enim favor libertatis alias benigniores sententias exprimit, *l. 32. §. ult. ad l. Falcid. Vid. Dn. D. Tabor in thesaur. juris. part. 1.*

part.1.l.16.axiom.1. Ut igitur in noſtro etiam caſu libertatem adipiſcatur is, cui ſub dictâ conditione data eſt, ſcriptura hæc, *ſi capitolium non aſcenderit*, ex interpretatione prudentum ita accipienda erit, *ſi cum primum potuerit, capitolium non aſcenderit*: iſto enim modo perveniet ad libertatem, ſi facultate datâ aſcendendi capitolium, ab aſcenſione abſtinuerit, *l.17.§.1. de manum.teſt.* Hancque explicationem & favor libertatis exigit, & verba admittunt. Nam cum ſeriò libertatem ſervo teſtator dederit ſub conditione, *ſi Capitolium non aſcenderit*, meritò intelligitur ſenſiſſe de primâ occaſione aſcendendi datâ, ut ſemel tantummodo ab aſcenſione ſervus ſe cohiberet, cum aliàs ſi in omne vitæ tempus aſcendere prohibuiſſet, libertatem in tempus mortis contuliſſet, & ludibrio ſervum habuiſſet, cum impediendæ magis, quàm dandæ libertatis gratia ita ſcripſiſſe, nec animum dandæ libertatis unquam habuiſſe videretur. *l.ult.de manum.teſtam.l.4.§.1.de ſtatu liber.*

CAPUT V.

De formâ & modo cavendi.

1. Ad formam hujus cautionis, & cavendi modum quod attinet, fit ea datis fidejuſſoribus: expreſsè enim ſatiſdatio nominatur, *l.67.l.106 de C. & D.* quæ propriè fidejuſſoribus fit, *l.1.qui ſatiſd.cog.l.4.§.8. de fideicom.libert.l.7.de ſtipul. Præt.* Sufficit autem ſi vel unus fidejuſſor idoneus detur, nec requiruntur plures: licet enim leges ut plurimum loquantur in plurali numero, id tamen non definitivè accipiendum, ſed nudâ phraſi & narrandi ratione fieri monet Dn. D. Tabor *diſp.Weſenb.5.quæſt.8.* *Forma.*

2. Quæritur hîc an Cautio hæc ſit Prætoria? Et Affirmativam defendemus cum Gœddæo *de contrah. ſtipul. c.5.concl.19.n.290.* tum quod recepta jure dicitur & defendi juris autoritate *l.76.§.7. de leg.2.l.7.l.18.l.67.l.72.l.73.l.77.§.1.l.79.§.2.l.101.§.3.de C.& D.* tum *An ſit Prætoria cautio?*

[illegible]

3\. Sed & an si fideiussores [illegible]

[illegible]

velut in re [illegible]

4\. Mouetur autem hic potest quæstio. Annon, in cæteris [illegible]

[illegible]

5\. [illegible]

[illegible]

fecissent, rem pecuniamve legatam cum fructibus vel usuris, vel quanti ea res erit, quâ de agitur, tantam pecuniam ei, ad quem ea res pertinet, restitutum iri. *Cuj. in Papin. ad l. 76. §. 7. de leg. 2. Coll. Arg. de C. & D. th. 39 n. 7.* Duas igitur cautio hæc partes habet: prior est de non faciendo ea, quæ fieri testator vetuit; posterior de restituendo vel eo ipso, quod acceptum est, cum fructibus & usuris, vel ejus æstimatione, si contra conditionem factum fuerit. Posterioris autem partis nomine stipulatio committitur, ut solet fieri in omnibus Prætoriis stipulationibus, in quibus primò fieri aliquid, deinde si factum non sit, pœnam inferimus, ut pœnæ nomine stipulatio committatur, *l. 6. de stip. Præt.*

6. Denique hîc quæritur, an sæpius hæc cautio interponi possit, si fortè semel interposita deficiat? Et distinguẽdum, utrum culpâ stipulatoris ea deficiat, an verò sine ejusdem culpâ, quodam casu. Si culpâ stipulatoris, ut si fortè ab initio egenos fidejussores, vel prodigos & dissolutos acceperit, tum cavendum iterum non est: suæ enim facilitati stipulator expensum ferre debet, qui minus idoneos fidejussores accepit, neque enim oportet per singula momenta onerari eum, à quo satis petitur, secundum rescriptum divi Pii in *l. 3. §. ult. ut in posseß. legat.* Sin autem culpa stipulatoris nulla intervenerit, sed nova causa allegetur, veluti quod fidejussor decesserit, aut etiam rem familiarem inopinato fortunæ impetu amiserit, causâ cognitâ ex integro satisdandum erit *l. 4. ut in posseß. legat. l. 10. in fin. qui satisd. cogant.* An cautio hæc sæpius possit repeti?

CAPUT VI.

De cautionis Mutianæ effectibus.

1. Inter causas vulgò etiam finis numeratur, de quo, cæteris hactenus explicatis restaret, ut jam dissereremus. Quia autem finis & effectus re ipsâ idem sunt, tempore tantum differunt, (eadem enim res dum futura est & extitura speratur, finis; præsens

[illegible] *[illegible] l. [illegible]* & parint in [illegible] constitutus [illegible] bonno *[illegible]* [illegible] [illegible]. *[illegible]* ita ut [illegible] [illegible], [illegible] [illegible] vel [illegible] & [illegible] [illegible] qui [illegible] se [illegible] [illegible] *[illegible]* scilicet conventi [illegible] [illegible] [illegible] possessionem. [illegible] [illegible] [illegible] Mattaeus [illegible] [illegible] [illegible] cum [illegible] [illegible] [illegible]. & [illegible] [illegible] [illegible] [illegible].

3. [illegible] commutatur [illegible]. & [illegible] [illegible] omnia quae accepit [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] omnia [illegible] [illegible]. Veniunt [illegible] [illegible] [illegible] amplius, vel [illegible] [illegible] [illegible] qui accepit [illegible], vel [illegible] [illegible] vel [illegible] [illegible]. Succedit in [illegible] locum [illegible] [illegible] [illegible], de quibus [illegible] [illegible]. Denique etiam *[illegible]* sunt fructus [illegible] *[illegible]* [illegible] de C. & D. in quib. [illegible] vocabulum late [illegible] non tantum fructus naturales [illegible] [illegible] sunt qui ad usum hominum per [illegible] [illegible] sunt [illegible]. & natura provenientes [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] hominem in fructu esse cum [illegible] [illegible] hominis comparaverit [illegible] [illegible]. [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

[illegible] conditionis [illegible]

est: nam nihilominus commissâ stipulatione ii quoq; restituendi sunt, quia ab initio de iis cavere legatarius cogi potest, *d l.76.* §. *1. de leg. 1. d. l. 79.* §. *2. de C. & D.* [quod enim vulgò cautioni adnecti solet, & ad quod compelli potest, is qui cavet, si casu aliquo, forte per oblivionem, omissum sit, non pro omisso sed pro adjecto habetur *l. ult. C. quæ res pign. obl. poss. l. ult. C. de fidejuss. Vid. Cujac. ad d. l. 76.* §. *1. de leg. 1. & l. 79.* §. *2. de Cond. & Dem.*

7. Restituendi verò sunt omnes fructus non tantùm percepti, sed & percipiendi, & qui percipi potuerunt, ut post Bal. & Jasonem *in l. 1. C. de his quib. ut indign.* sentit Scipio Gentilis *de secund. nupt. c. 20.* Quod si pecunia relicta sit, restituenda ea cum usuris, quas medio tempore percepit, juramento restituentis indicandis, vel si fœnori pecuniam non dedit, sed ipse in suos usus convertit, præstabit usuras trientes *N. 22. c. 44* §. *4.* Quid si neque fœnori dedit, neq; in suos usus convertit, sed prorsùs non attigit pecuniam? Tunc usurarum nomine nihil præstabit *l. 20* §. *14. de hær. pet. l. 62. de R. V.* quia & prudẽtes patresfam. malunt otiosas relinquere quandoq; pecunias, quàm incertis nominibus credere *Cuj. in recit. ad d. l. 62.* ubi nec malæ fidei possessorem de usuris percipiendis teneri demonstrat. Verùm hoc ante litem motam ita juris est, pòst motã verò litem si in restituendo moram fecerit, in semisses usuras ex eo tẽpore obligabitur *l. 18. de his quæ ut indign. l. 1. C. eod.* Crescit enim mala fides ex litis contestatione, & contumacia non restituentis usurarum additamento plectitur *Cuj. in recit. ad d. l. 18.*

8. Fieri restitutio debet, eidem cui cautum est, ad eum enim deficiente conditione hæreditas vel legatum relictum jure civili pertinet, *l 18. de C. & D.* Hinc quæritur, si Titio sub conditione non faciendi legatum sit, & deficiente cõditione legatum ad Mævium translatum, an restitutio Mævio facienda sit? Et respondendum Titium hæredi, cui soli caverat, legatum restituere debere, eoque casu hæres Mævio, cui ex sequente conditione legatum debebat, restituet *l. 67. de C. & D. vid. sup. c. 3. th. 11.* Sed si cautio medio tempore defecerit, quæ sollicitè fuerat exacta, non de suo præstabit hæres, sed quia nihil ei potest objici, satis erit actiones cedi Mævio contra Titium ejusve fidejussores *l. 73. de C. & D* quæ cessio sive delegatio pro justa præstatione erit *l. 51. de pecul.* & non omnino inutilis Mævio cum possit Titius vel fidejussores ejus, aliquando ad pinguiorem fortunam pervenire, seque debito exolvere, *Cuj. in Papin. ad d. l. 73. de Cond. & Dem.*

Quod

2. Quod si [illegible] se praebeat difficilem is, qui [illegible] [illegible]

[illegible] Actio hypothecaria contra [illegible] eo casu quo hypothecatum [illegible]

CAPUT VII

De [illegible] Cambiarii & [illegible]

1. [illegible]

2. [illegible]

Cambium [illegible]

[illegible]

Finientia. 4. Finitur denique cautio interposita conditione re ipsâ impletâ, quod plerumque & regulariter morte demum caventis contingit, quandoque vero etiam eo vivo, in casibus quos recensuimus *supra d. c. 4. th. 8.* Cum enim tunc voluntati [illegible] satisfactum sit, nullâ ampliùs cautione opus est, [illegible] tunc [illegible] fidejussores vel hypothecæ [illegible] positæ, & immotum manet [illegible] apud eum, cui relictæ sunt, vel ejus hæredes [illegible] ad quos ipse [illegible]. Deficiente etiam conditione finitur cautio restitutione rerum secundum ea, quæ antè diximus, factâ, solutione enim ejus quod debetur [illegible] omnis obligatio *pr. Inst. quib. mod. toll. obl.* Videtur denique posse, [illegible] quoque Mutiana cautio, cum debitor principalis vel fidejussores [illegible], ut ab iis restitutio obtineri non possit *per l. 13. de Cond. & Dem.* ubi eo casu cautio dicitur deficere. Sed ad rationem effectuum tantùm intelligendum est, quia effectûs cautionis impediuntur, cum ab eo, qui in bonis nihil habet, nihil etiam obtineri possit. Interim autem ipsa obligatio durat, & cum quandoque majores opes acquisierint, ad solutionem compelli possunt. Inter modos igitur finiendi cautionem Mutianam hic casus referendus non est, licet inter ejus contraria recenseri rectè possit.

Affinitas. 5. [illegible] cum Mutianâ cautione affinitatem habet cautio ea, quâ sub conditione [illegible] institutus, agnitâ bonorum possessione, pendente conditione, cavet substituto de hæreditate *l. si quis satisd. cog. 8. [illegible] stipul. Præt.* Vtraque enim Prætoria est & [illegible] fidejussoribus, utraque ab hærede sub conditione instituto præstatur substituto de hæreditate deficiente conditione integrâ restituendâ. Differunt autem, quod Mutiana cautio tantùm in conditionibus non faciendi; hæc in quibuslibet locum habeat: illa semper interponatur, nisi fortè testator [illegible] remiserit; hæc ex causâ à Prætore decernatur, non passim *[illegible] qui satisd. cog.* Nam si hæres sub conditione scriptus, qui bonorum possessionem secundum tabulas accepit, sit homo bonæ frugis, non patietur Prætor [illegible] cautionem exigi de non minuendâ hæreditate, alioqui si sit prodigus, item si sit modica hæreditas, vix interponetur cautio, si sit ampla utique interponetur, *Cujac. in Papin. ad d. l. 8. de Præt. stip.* Illa non nisi impletâ conditione [illegible] demum hæredis finitur; hæc etiam ante conditionem existentem, elapso die qui cautioni præfinitus fuerat: non enim in perpetuum cautio hæc [illegible] solet, [illegible] longiorem [illegible] 10. vel 20. annos, [illegible] Prætor definierit, quo tempore finitur cautio, & liberatur hæres, vel [illegible] denuò cavere compellitur. *Cujac. d. loc.*

6. Valde etiam nostræ cautioni similis est cautio, quâ is cui [illegible] modo relictum est, cavet se modum impleturum [illegible] enim hæc [illegible] fidejussoribus fit *l. 40. §. ult. ibi. si [illegible] satisdedissent, de Cond. & Dem. arg. [illegible] in fin. quand. dies legat.* ubi cum sit exceptio, in contrarium [illegible] *Arg. de Cond. & Dem. th. 46.* & æquè in ultimis voluntatibus [illegible] Vnde ob magnam ejus similitudinem Treutlerus hanc ipsam cautionem [illegible]tianam appellat *vol. 1. disp. 13. th. 6. lit. g.* quem tamen refellit Bach[illegible]. Atque ita pauca hæc sufficiant de propositâ materiâ dixisse, sicubi [illegible], veniam à benevolo lectore petimus, de cætero ob opem præstitam divino numini gratias agentes.

F I N I S.

R[illegible] TER[illegible]